

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 25 000 23 26 000 2008 00596 01 (52968)

Actor: CICON S.A.

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU

Proceso: Acción de controversias contractuales (sentencia)

Asunto: Recurso de apelación

Temas. Determinar que la actividad de la administración pública supone la existencia de un acto administrativo. Establecer que los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídica procesal nazca válidamente.

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia del 18 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que resolvió declarar no probadas las excepciones de contrato no cumplido, de inexistencia de desequilibrio económico contractual que afecta los intereses de la contratista, y de observancia por parte del IDU de las garantías procesales pactadas a favor del contratista y el debido proceso; propuestas por la entidad demandada.

Además, declaró infundadas las objeciones por error grave presentadas por la entidad demandada en contra de los dictámenes periciales rendidos por los peritos Marco Aurelio Farfán Chaparro y Ligia Eugenia Segura Toro; para finalmente negar las súplicas de la demanda. [fls. 406 a 434, c ppal.].

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

1 En demanda presentada el 21 de noviembre de 2008 por la Sociedad CICON S.A., se solicitó que se declarara principalmente el incumplimiento del IDU en la ejecución del Contrato IDU-BU-148-2005, como también el desequilibrio económico presentado durante la ejecución del mismo.

En consecuencia, la actora pidió que se declaré que la situación de desequilibrio no ha sido solucionada, ni cubierta por el IDU, y que en virtud de aquello se le adeuda al contratista las sumas detalladas en el estudio adjunto como soporte de la valoración económica. También solicitó que se liquide judicialmente el contrato No. IDU – BM - 148 – 2005.

2 A causa de lo anteriormente mencionado, la Contratista pidió que se condene al IDU al reconocimiento y pago de la indemnización integral por los mayores costos, daños y perjuicios ocasionados con fundamento en el desequilibrio económico surgido en la ejecución del Contrato No. BM – 148 de 2005¹ y que sobre aquellas sumas se liquiden intereses moratorios a los que haya lugar, además de los intereses que se causen a partir de la ejecutoria del fallo que ponga en definitiva fin al proceso.

[fls. 7 a 8, c1]

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

3 La parte demandante fijó los siguientes hechos como sustento de las pretensiones de su demanda:

3.1 El 13 de octubre de 2005, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, abrió la licitación No. IDU- LP – BMU – DTMV – 065 – 2005², posteriormente se suscribió entre el contratista CICON S.A. y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, el contrato No. 148 – 2005, el 29 de diciembre de 2005 en cuyo objeto se estableció *“La construcción y rehabilitación de rutas alimentadoras del sistema Transmilenio, zona 1, grupo 2, en Bogotá D.C. con financiación del Banco Mundial”*. En lo relativo al plazo contractual se estipuló por un término de 8 meses distribuidos de la siguiente manera: 1 mes para la etapa de pre construcción; 7 meses para la etapa de construcción, de los cuales 6 meses se dedicarían exclusivamente para la construcción de las obras y un mes para la entrega y recibo de éstas por parte de la interventoría. En lo relativo al valor del contrato se

¹ Pretensión modificada en virtud de Corrección de demanda, admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de junio de 2009.

² Términos de referencia.

El consultor que preparó los diseños para la licitación fue el Consorcio Civiltec – La viabilidad – IGL, mediante el contrato IDU 294 de 2003 y Consorcio Civiltec – cei mediante contrato IDU 044 de 2003.



acordó por un estimado total de \$4.728.328.399, que se discriminó así: \$25.000.000 por concepto del valor global de la etapa de pre construcción. \$4.164.129.572,78 por concepto del valor total de las obras de construcción a precios unitarios. \$80.000.000 por concepto del valor total ambiental y gestión social. \$120.000.000 por concepto del valor global de los costos de tráfico, señalización y desvíos. \$339.198.826 valor del fondo de compensaciones para cubrir el costo de los imprevistos y mayores cantidades de obra.

3.2 Con posterioridad, se suscribió el acta de inicio el 17 de octubre de 2006, es decir, 10 meses después de la suscripción del contrato No. 148 – 2005; al presentarse tal demora el contratista en diferentes ocasiones le comunicó al IDU y a la interventoría su preocupación por el incumplimiento del término pactado, toda vez que a partir de la fecha de inicio y del plazo estipulado en el contrato, la fecha de terminación del contrato era el 17 de junio de 2007.

3.3 Sin embargo, el contrato BM – 148 de 2005 fue adicionado 4 veces por razones ajenas al contratista, con el fin de ampliar su plazo, prórrogas que se pactaron de la siguiente manera: (1) El 17 de mayo de 2007, se suscribió el contrato adicional No. 1 por 2 meses; (2) El 16 de julio de 2007, se presentó la adición contractual No. 2 por un plazo adicional de 2 meses, (3) Finalmente, el 16 de octubre de 2007 se suscribió el contrato adicional No. 3 en el que se pactó un plazo de 3 meses para la ejecución de la obra, además el IDU exigió para la suscripción que el contratista aceptara incluir una multa de \$20.000.000 por cada día de atraso en la obra. Así pues, el plazo para la ejecución del Contrato teniendo en cuenta sus adiciones, se estableció finalmente para el 17 de enero de 2008.

3.4 Por otro lado, con el Otrosí No. 1 al contrato BM – 148 de 2005 de fecha de 28 de diciembre de 2007, se suprimió el tramo vial entre la calle 170 entre las carreras 58 y la carrera 62, por causas ajenas a CICON S.A. No obstante, el 7 de diciembre de 2007 mediante radicado IDU 114199, el contratista presentó solicitud ante el Instituto de Desarrollo Urbano de restablecimiento del equilibrio contractual del contrato IDU – BM – No. 148 – 2005 entre otros. Sobre el contrato objeto de la demanda se reclamó que se presentaron hechos ajenos a la voluntad del Contratista e imputables al IDU o a



terceros, que no permitieron que la suscripción del acta de inicio se hiciera en tiempo, lo que en consecuencia generó retrasos en el cronograma de la obra y sobrecostos que no han sido reconocidos.

3.5 En efecto, el IDU respondió mediante comunicación IDU 114199 de 5 de marzo de 2008 desestimando la solicitud del contratista, ante lo acontecido el 23 de junio de 2008 CICON S.A. mediante comunicación con radicado IDU 119892 presentó la solicitud de reconsideración de la anterior decisión tomada por el IDU.

3.6 Finalmente, señaló que durante la ejecución del contrato se presentaron hechos imprevistos imputables al IDU y a terceros que generaron: (1) Retrasos en el cronograma de obra, (2) Sobrecostos no reconocidos por el IDU y (3) Obras no contempladas dentro del objeto del contrato, lo que en consecuencia ha incidido en graves perjuicios económicos al Contratista.

3.7 En la demanda se agruparon los hechos atendiendo a las razones por las cuales se presentó el desequilibrio, por lo tanto atendiendo a:

1. No iniciación oportuna de la obra: se señaló que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, no hizo entrega de los diseños, planos y estudios de la obra de forma completa, sino que hizo entregas parciales e incompletas; por esa razón se presentó tardanza en el inicio de las obras.

Indica la parte actora, que lo esperable dentro de las relaciones contractuales era que el IDU entregara al contratista los documentos pendientes de entrega una vez celebrado el contrato, y de forma concomitante diera inicio a la ejecución de la obra con la suscripción del Acta de Inicio. Así pues, la tardanza conllevó a que el inicio del contrato se diera 8 meses después de celebrado este.



Además de la entrega tardía de los planos y diseños por parte del IDU, lo entregado con posterioridad presentó inconsistencias, al respecto CICON S.A. se pronunció en su informe de preconstrucción³, también lo hizo la interventoría:

*“De la misma manera, lo expresó la Interventoría al establecer las justificaciones para el cambio del diseño para el pavimento de la calle 165 entre carreras 7 y 20 así:
Revisando el diseño presentado por el IDU, se concluye que los espesores de la estructura contractual son insuficientes para el tráfico esperado, razón por la cual el constructor y la interventoría ajustaron los parámetros del diseño...”*

Por otro lado, la Empresa de Acueducto de Bogotá encontró que los planos entregados por el IDU no concordaban con la realidad por lo cual, se tuvieron que realizar nuevos diseños y estudios, así consta en el Adicional No. 1. En este orden de ideas, la magnitud fue tal del incumplimiento por parte del IDU y la interventoría en la entrega de diseños incompletos que en las siguientes comunicaciones el contratista se pronunció al respecto: Comunicación GEN – 617 - RTN - 005 del 24 de mayo de 2006, comunicación GEN – 695 – RTN - 007 del 9 de junio de 2006, GEN – 889 – RTN – 027 del 17 de julio de 2006, GEN – 889 – RTN – 028 del 19 de julio de 2006, GEN - 1012 – RTN – 043 del 14 de agosto de 2006. GEN – 1035 - RTN – 047 del 16 de agosto de 2006, GEN – 1104 - RTN – 048 del 28 de agosto de 2006, IDU – 020421 del 5 de abril de 2006, IDU – 011539 del 19 de febrero de 2007, Acta de entrega del 14 de agosto de 2006. Además de que la misma interventoría dado el retraso en el inicio de ejecución de las obras, le solicitó al IDU la documentación necesaria para iniciar las obras mediante comunicación GEN – 983 – RTN – 038 del 8 agosto de 2008.

Es de resaltar, que la exclusión del corredor vial de la calle 170 entre la carrera 58 y 62 mediante el Otrosí No. 1, se debió a las falencias encontradas en los diseños aportados por el IDU. En últimas, a CICON S.A. le correspondió elaborar nuevos diseños y planos generando sobrecostos no contemplados en la oferta.

2. Hechos relacionados con el no pago del componente global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos: El valor contenido en el contrato por concepto de pago para el componente de tráfico, señalización y desvíos se previó para el plazo

³ CICON en su informe de preconstrucción, señaló: “Se encontró que en los diseños presentados por el Consultor al IDU, se aplicó diferentes combinaciones de criterios y metodologías, por ejemplo AASHTO, Cuerpo de Ingenieros, Shell, etc, procedimiento errado en la ingeniería de Pavimentos.”

inicialmente acordado, así pues que al presentarse prórrogas del contrato es lógico que este valor debiera ser incrementado, dado el mayor tiempo en obra. Sin embargo, el IDU no hizo ningún reconocimiento al respecto, y no hizo uso del Fondo de Compensaciones contemplado en la cláusula 47.1 de los datos del contrato.

3. Hechos relacionados con el no pago del componente global ambiental y de gestión social: El contratista tuvo que asumir el impacto económico por la no tenencia oportuna de la resolución ambiental para el tratamiento silvicultural, cuyo trámite le correspondía al IDU. Sin embargo, la interventoría en comunicación GEN – 881 – RTN – 339 del 8 de julio de 2008 consideró que el trámite de la resolución le correspondía al contratista, en razón a que hace parte del componente ambiental; a lo que CICON S.A. se opuso con el argumento que el trámite administrativo debería ser asumido por la entidad beneficiaria es decir el Jardín Botánico. Aún así el contratista asumió este concepto y tuvo que pagar \$3.847.091 así consta en Resolución 1330 del 6 de junio de 2007.

4. Hechos relacionados con los sobrecostos por mayor permanencia en la obra: Por imprevistos y acontecimientos causados por circunstancias ajenas a CICON S.A. se suscribieron prórrogas al contrato inicial, generando a consecuencia sobrecostos en relación con los equipos y el personal disponible para atender la obra durante el plazo adicional.

Fundamentalmente, el hecho principal por el cual se generaron sobrecostos, fue en razón a que el contratista debió elaborar nuevamente los diseños de la estructura de pavimentos del corredor de la transversal 35D, que para dar inicio a dicha obra tuvo que contar con la aprobación del IDU y de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, así lo señaló el demandante:

*[...]
[...] CICON S.A., mediante comunicación CICON – DO – 033 – 07 de 9 de enero de 2007, así como en numerosas comunicaciones, le solicitó al IDU su respuesta para la definición de las obras en la Transversal 35D, pues era necesario que dicha Entidad le indicara la solución técnica viable para resolver el problema de la superficialidad de las tuberías existentes en la vía. Vale la pena indicar, que CICON S.A. propuso 3 alternativas técnicas para solucionar este problema.
Por su parte, la EAAB continuaba solicitando estudios, al punto que en el mes de mayo requirió a CICON S.A. para que desinstalara y remitiera un tubo de 30” y para que se*

realizaran los ensayos en tres apoyos en el laboratorio de la EAAB, requerimiento que fue atendido de manera inmediata.

En el mes de junio, la EAAB aun no definía el tipo de pavimento que se debía instalar, ni la protección para la tubería y CICON S.A. continuaba realizando requerimientos a la Interventoría con el fin de que le definiera la solución al problema de las redes de alcantarillado, tal como consta en la comunicación 0910-2007-5.122 del 27 de junio de 2007. [subrayado fuera de texto]

En conclusión, la indefinición respecto de qué protección debería tener la tubería de 30” y 36” de aguas lluvias, generó mayor permanencia en la obra, solo hasta el 17 de agosto de 2007, es decir, 10 meses después de suscrita el acta de inicio de obra, el IDU finalmente definió la estructura del pavimento, así fue manifestado por la interventoría en comunicación UNI – RTN - 374 del 11 de septiembre de 2007.

Otra situación que generó sobrecostos por mayor permanencia de la obra, fueron los diseños de la red de alcantarillado que tuvieron que ser realizados nuevamente, por lo que en consecuencia no se pudo llevar a cabo en tiempo el trámite de aprobación de la interventoría y del delegado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. En respaldo de lo expuesto, la interventoría en comunicaciones GEN – RTN – 171 del 19 de abril de 2007, UNI – RTN – 208 del 25 de abril de 2007, UNI – RTN – 208 del 15 de mayo de 2007, estableció que la realización nuevamente de los diseños de alcantarillado fue una obra no prevista, que afectó a todas luces el cronograma de la obra.

También, resultó en una grave demora que después de 9 meses de suscrita el acta de inicio del contrato los diseños de los sumideros fueron finalmente definidos por la interventoría y el IDU. Aunando a lo expuesto, para la calle 170 se comunicó que debía ser intervenida conforme al objeto contractual luego de 8 meses de suscrita el acta de inicio; así lo confirmó la Interventoría en Comité de obra del 25 de julio de 2007. Sin embargo, en agosto del mismo año el comité de obra dio la orden de no intervenir el corredor de la calle 170 ya que el IDU y la interventoría informaron que faltaban diseños.

Contribuyendo al retraso en las obras, los Planes de Manejo de Tráfico (PMT) a cuya entrega se encontraba obligado CICON S.A. debieron ser modificados por la Secretaría



de tránsito de Bogotá de la época en diferentes ocasiones, para coordinarlo con otro proyecto que se llevaba a cabo en el mismo sector.

Otro factor, que imposibilitó que las obras tuvieran mayor permanencia fue la temporada invernal durante el año 2007 que fue más intensa que lo que pronosticó el IDEAM y que en consecuencia complicó la instalación de rellenos, se presentó el cierre de las escombreras e imposibilidad de material por parte de las mismas escombreras.

Por su parte, las redes de ETB y de la Empresa de Teléfonos TELECOM presentaron imprecisiones, así pues en relación con las redes de la ETB el 17 de diciembre de 2007 el delegado de la entidad, definió las directrices para la construcción y renivelación de las cámaras estructurales, y por otro lado la reubicación de postes de dicha empresa, repercutió negativamente en el cronograma de la obra. Por otro lado, en relación con las redes de TELECOM ubicadas en la calle 165 entre carreras 7 y 20 del Barrio Servitá; debían ser reubicadas por la mencionada entidad por medio de sus contratistas, situación que jamás se presentó a pesar de los requerimientos presentados por CICON S.A. lo que generó sobrecostos para el mencionado contratista.

Finalmente, la construcción del colector de la calle 165 presentaron el inconveniente de que el contratista una vez en ejecución de las obras se percató que en los planos las redes de alcantarillado pluvial y sanitario no coincidían con la realidad, lo que terminó en un grave retraso por cuanto CICON S.A. tuvo que suministrar e instalar tuberías y mientras se realizaba esta obra resultaba imposible adelantar lo relacionado con la estructura de la vía.

5. Hechos relacionados con los sobrecostos por transporte: En la demanda sobre el relacionado concepto la parte demandante señaló:

“Mediante Decreto No. 174 de 30 de mayo de 2006 se implementó la restricción de vehículos de transporte de carga de más de 5 toneladas en toda la ciudad de Bogotá, entre las 6:30 y 10:00 a.m., lo cual produjo una disminución de 3 a 4 horas de la jornada laboral por la congestión presentada en la entrada de las canteras o escombreras en las horas previas o posteriores a la aplicación de la medida.”

6. Hechos relacionados con los sobrecostos derivados del incremento en el precio del asfalto: Se vio afectado el equilibrio económico del contrato por una variación que

aumento el valor del precio del asfalto, al respecto el contratista remitió al IDU la comunicación con radicado IDU – 013358 del 17 de febrero de 2006 en la que señaló otras condiciones de mercado que generarían un incremento en el precio durante la ejecución del contrato.

A lo anterior, el IDU respondió reconocimiento que el alza en los precios del asfalto era imprevisible para el contratista, así lo expresó en el oficio STAA – 1600 – 27906 del 5 de julio de 2006, además la Asociación de Productores y Pavimentos Asfálticos de Colombia (ASOPAC) le informó al IDU sobre el incremento en los precios de ECOPETROL durante el año de 2006.

7. Hechos relacionados con el sobrecosto en los materiales de base y de sub-base granular: En el pliego de condiciones se señalan unas cantidades y calidades de material de base, sub-base granular y sardinel prefabricado que en el mercado no se encontraban. Es decir, el contratista quedo en la imposibilidad de cumplir con las exigencias del pliego; sin embargo el IDU se negó a incluir nuevos insumos para estas actividades.

Así mismo de conformidad con el pliego de condiciones, señala el recurrente:

[...] el listado de proveedores autorizados por el IDU y el Análisis de precios resumidos de la Subdirección Técnica de Administración de Activos vigentes al momento de presentación de la oferta, CICON S.A. previó en sus precios que los materiales de relleno serían extraídos de las canteras aledañas al proyecto. Sin embargo, esta circunstancia no pudo darse debido a que la información suministrada por el IDU no era cierta, es decir, que los materiales producidos por las canteras indicadas por el IDU no cumplían con las especificaciones técnicas previstas en los pliegos.” [subrayado fuera de texto]

En consecuencia CICON S.A. tuvo que recurrir a canteras ubicadas fuera de la ciudad y a preparar mezclas con otros materiales lo que a todas luces generó un sobrecosto.

8. Hechos relacionados con los ajustes de precios: CICON S.A. para su propuesta tuvo en cuenta los precios del año 2006 dado que era el año en el cual se desarrollaría la mayor parte de la obra y como ya se ha mencionado las obras fueron iniciadas 10 meses después de celebrado el contrato por lo cual la obra termino desarrollándose

durante el 2007, en consecuencia los precios se vieron incrementados enormemente pero el IDU no realizó ningún ajuste al sobre costo asumido por el contratista.

Finalmente, señala la parte actora en la demanda que el IDU y CICON S.A. no han liquidado el contrato IDU – BM -148 - 05, razón por la cual procede la liquidación judicial del mismo.

3. El trámite procesal.

4 Mediante auto del 13 de febrero de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda [fl. 52, c1] la parte demandada se notificó personalmente del mencionado auto, el 21 de abril de 2009 [fl. 54, c1]. Sin embargo se presentó corrección de la demanda [fl. 56 a 57, c1] que fue admitida mediante auto del 19 de junio de 2009 [fl. 169, c1] y notificada mediante aviso a la contraparte el 23 de julio de 2009 [fl.171, c1].

5 Por su parte mediante apoderado el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU presentó contestación a la demanda de acción contractual instaurada por la Sociedad Comercial CICON S.A., en la cual alegó como excepciones: (1) Cobro de lo no debido por aplicación del principio de la buena fe, (2) Excepción de contrato no cumplido, (3) Observancia por parte del IDU de las garantías procesales pactadas a favor del contratista y el debido proceso, (4) Inexistencia de desequilibrio económico que afecte los intereses del contratista, y (5) por último solicitó todas las excepciones de oficio a las que haya lugar. [fls. 118 a 160, c1] El IDU alegó también oportunamente su contestación a la corrección de la demanda el 18 de agosto de 2010 [fls. 172 a 173, c1].

6 El demandante, en la oportunidad legal se pronunció respecto de las excepciones presentadas por el apoderado del IDU en la contestación de la demanda [fls. 174 a 186, c1]

Mediante auto del 9 de octubre de 2009 se abre el proceso a etapa probatoria [fls. 240 a 241, c1]

7 En escrito de fecha del 6 de agosto de 2010 la apoderada del Instituto de Desarrollo Urbano, solicitó aclaración del dictamen pericial presentado por el perito Marco Aurelio Farfán. [fls. 308 a 309, c1] Por su parte la apoderada de la parte demandante – CICON S.A. el 12 de noviembre de 2010 presentó solicitud de complementación, aclaración del dictamen pericial rendido por la perito financiera Ligia Eugenia Segura. [fls. 318 a 319, C1] En este mismo sentido, el demandado Instituto de Desarrollo Urbano - IDU en escrito del 12 de noviembre de 2010 solicitó también aclarar el dictamen pericial rendido por la perito Ligia Segura.

8 Por otro lado, el IDU mediante apoderada presentó objeción por error grave del dictamen pericial elaborado por el Ingeniero Marco Aurelio Farfán, en escrito presentado el 12 de noviembre de 2010 [fls. 322 a 332, c1], a lo que se opuso el demandante [fls. 333 a 348, c1].

9 Con posterioridad, el IDU presentó nuevamente objeción por error grave, esta vez contra el dictamen pericial presentado por la contadora Ligia Eugenia Segura [fls. 421 a 429, c1]

10 Mediante auto del 10 de marzo de 2014 el Tribunal corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaren sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto de rigor. En este orden de ideas, en escrito de fecha del 28 de marzo de 2014 la apoderada de la parte demandada – IDU presentó sus alegatos finales [fls. 327 a 333, c2] Así mismo lo hizo en tiempo la parte demandante, el contratista CICON S.A. [fls. 334 a 401, c2]

11 El Ministerio Público guardó silencio.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

12 En providencia del 18 de septiembre de 2014⁴ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que resolvió declarar no probadas las excepciones de contrato no cumplido, de inexistencia de desequilibrio económico contractual que afecta los

⁴ Fls. 406 a 434 C ppal.

intereses de la contratista, y de observancia por parte del IDU de las garantías procesales pactadas a favor del contratista y el debido proceso; propuestas por la entidad demandada.

12.1 Además, declaró infundadas las objeciones por error grave presentadas por la entidad demandada en contra de los dictámenes periciales rendidos por los peritos Marco Aurelio Farfán Chaparro y Ligia Eugenia Segura Toro; para finalmente negar las súplicas de la demanda.

Fundamentalmente, el *A quo* procedió a estudiar de fondo los cargos en los que la parte demandante CICON S.A. fundamenta el desequilibrio contractual y en consecuencia sus pretensiones, y circunscribe el análisis de la siguiente manera:

“(i) el incumplimiento contractual alegado por la sociedad CICON S.A. respecto del contrato de obra No. IDU – BM 148 de 2005 por parte del IDU; (ii) si hubo o no un desequilibrio económico contractual en relación con el contrato en comento y (iii) sobre la pretensión de liquidación judicial solicitada por la parte actora.”

12.2 Empieza el Tribunal aduciendo que si bien es cierto que el Contratista envió en diferentes oportunidades comunicados al IDU, manifestándole su preocupación por la demora en el inicio en la ejecución del contrato; del plenario se deduce que la razón en la demora en la suscripción al acta de inicio se debió a que CICON S.A. no había hecho entrega del PIPMA (Programa de Implementación del Plan de Manejo Ambiental) así se evidencia en las actas del comité de construcción; en efecto, lo mencionado era un requisito contractual relativo al factor de manejo ambiental y gestión social.

12.3 De otra parte, la demora en el inicio de ejecución en las obras también se debió a la falta de personal y de equipo, así constó en comunicaciones emitidas por la interventoría Intersa S.A. al contratista. Posteriormente, se destacó en el material probatorio obrante en el proceso que durante la ejecución del contrato CICON S.A. fue objeto de diferentes multas por su incumplimiento, de esas sanciones consta en las Resoluciones No. 6889 de 2007, No. 80 de 2008, No. 1214 de 2008 y No. 023 de 2009. Sin embargo, la mencionada normatividad excepto la última en mención, fueron revocadas a través de las Resoluciones No. 3813 de 2008 y No. 3814 de 2009; sin embargo la mencionada situación no da pie a concluir que CICON S.A. fue un contratista cumplido, ya que de las mismas Resoluciones el juzgador *ad quo* resaltó:

“No obstante estar demostrado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista de terminar las obras en la fecha prevista para ello (octubre 17 de 2007) y a pesar de estar técnicamente desvirtuados los argumentos contenidos en su recurso de reposición” (La sala destacó) [Fl. 427, c ppa]

12.4 En conclusión, si bien es cierto que en las Resoluciones citadas se revocaron las multas, toda vez que al momento de decidir las obras ya habían terminado y la imposición de las multas carecía de sentido. Quedó claro que hubo un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, así lo demuestra la Resolución No. 023 del 9 de enero de 2009⁵ proferida por el IDU que declaró el incumplimiento e impuso una penalidad al contratista.

12.5 Finalmente, se infiere el incumplimiento de la Sociedad CICON S.A. de a pesar de las tres adiciones al contrato No. IDU – BM 148 de 2005 de las cuales quedó estipulado como plazo final de entrega de obra el 17 de enero de 2008. Pero, el contratista terminó entregando efectivamente las obras el 30 de abril de 2008.

12.6 En últimas el contratista, no ha demostrado que cumplió a cabalidad con cada una de las cláusulas pactadas en el contrato, tampoco el juzgador en primera instancia da lugar a análisis de la excepción denominada *“observancia por parte del IDU de las garantías procesales pactadas a favor del contratista y el debido proceso”* en cuanto no se esta observando si el IDU hizo observancia o no del debido proceso administrativo.

12.7 En cuanto al desequilibrio económico contractual alegado por la Sociedad CICON S.A., en el plenario obra comunicación del 7 de diciembre de 2007 en la cual solicitó al IDU el restablecimiento del equilibrio contractual, tal solicitud fue desestimada por cuanto el contratista solamente enuncio el valor pretendido sin allegar soporte alguno y así mismo lo hizo en sede judicial.

12.8 Por otro lado, la sociedad alega la ruptura del equilibrio económico del contrato, para lo cual es requisito *sine que non* el respaldo probatorio del hecho acaecido y que generó el desequilibrio, para lo cual la primera instancia fue abordado de la siguiente manera:

⁵ Acto administrativo que no fue objeto de recurso alguno.

12.8.1 Por la no iniciación oportuna de las obras. Concluye el Tribunal que la demora en la iniciación de las obras se debió al incumplimiento por parte del contratista en la entrega del PIPMA (Programa de Implementación del Plan de Manejo Ambiental). Por lo tanto, no es de recibo que alegue este suceso cuando su acaecimiento se dieron por sus propios actos.

12.8.2 Sobrecostos por mayor permanencia en las obras y aumento de precios. Obras no previstas en el objeto contractual.

“[...]

[...] resulta importante tener en cuenta que en el Acta de Pago y Balance Final del Contrato suscrita el día 2 de junio de 2009, entre el contratista CICON S.A. y el interventor INTERSA S.A., se reconocieron obras no previstas en el contrato, por concepto de pavimentos de corredores, componente urbanístico, obras de alcantarillado, obras para la red de acueducto; reconocimiento económico que se hizo con al anuencia del contratista, por una suma de \$456.068.476 y que en efecto fue cancelada –factura 271- tal y como consta en la misma Acta referenciada (fl. 203 C-1), sin que presentara objeción alguna, circunstancia que en sede judicial se torna extraña, por cuanto tal Acta se suscribió con posterioridad a la presentación de la demanda, razón por la cual tal ocasión debió ser aprovechada por el contratista presentando objeciones a la respectiva Acta para ratificar lo deprecado en la demanda, no obstante suscribió el referido documento aceptando lo reconocido por el IDU.” [subrayado fuera de texto].

En conclusión, la Sociedad demandante ha dado el beneplácito a la suscripción de prórrogas y sobre las cuales no ha presentado ninguna objeción al respecto, y tampoco nada en relación con los sobrecostos que ahora reclama.

12.8.3 Ajuste de precios. El Tribunal insiste en que el contratista aceptó las condiciones pactadas en las prórrogas adicionales sin hacer ninguna observación al respecto, además también aceptó las condiciones establecidas en el Acta de pago y balance final del contrato suscrita el 2 de junio de 2009, en conclusión nunca objetó los acuerdos en lo relacionado a los sobrecostos en los precios de algunos materiales. Aunando a lo anterior, el juzgador de primera instancia señaló:

“En ese orden de ideas, ha de señalarse además, tal y como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, y como quedó descrito atrás, que cualquier trastorno o variación de las expectativas de los resultados económicos del contrato, no constituyen un rompimiento del equilibrio económico de los contratos, pues ha de recordarse que en toda relación negocial existen riesgos inherentes a la actividad contractual, lo cuales deben ser asumidos por el contratista, precisamente para ello se plasman en el AIU, máxime cuando el mismo

viene aceptando sin objeción alguna las condiciones del contrato, así como las prórrogas adicionales.

[...]

*[...] encuentra la Sala probada la **excepción de inexistencia de desequilibrio económico contractual que afecte los intereses del contratista**, formulada por la entidad demandada IDU, por cuanto además de no aportarse el material probatorio con el cual se pudiera inferir que hubo un desequilibrio económico contractual, el contratista CICON S.A. no dejó salvedad alguna al respecto en etapas como en los adicionales al contrato en comento y en el Acta Acta [sic] de Pago y Balance Final del Contrato suscrita el día 2 de junio de 2009; documentos suscritos con la anuencia de tal sociedad.” [Negritas propias y subrayas fuera de texto]*

12.9 Finalmente, se pronunció el Tribunal sobre la **pretensión de liquidación judicial** sobre la cual concluyó que no encuentra asidero, en cuanto dado que la liquidación es una etapa en la cual se realizan ajustes y revisiones de cuentas en consecuencia es necesaria toda la información para llevar finiquitar el contrato, y en el presente caso no se tiene certeza que el contratista haya agotado el periodo de responsabilidad por defectos.

12.10 En consecuencia de lo expuesto, se negaron las pretensiones de la demanda [fls. 406 a 434, C Ppal].

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

13 Contra la sentencia de primera instancia proferida el 18 de septiembre de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se alzó la parte actora, la Sociedad CICON S.A., señalando en su recurso en primer lugar la inconformidad respecto a la denegación de las súplicas de la demanda en razón que se consideró equivocadamente que la no suscripción en tiempo del acta de inicio fue imputable al contratista por no haber cumplido con el PIPMA, cuando en realidad la demora se debió a la falta de entrega de los estudios a tiempo oportunamente, de ello obra suficiente material probatorio, se resalta el dictamen pericial que determino las graves consecuencias que le acarreó a CICON S.A. la tardanza en el inicio de ejecución de la obra.

13.1 Aunando a lo anterior, el IDU entregó los diseños incompletos, en consecuencia el contratista se vio en la necesidad de realizar obras no contempladas en el contrato, además de que una vez suscrita el acta de inicio, la parte demandada siguió

entregando diseños, debido a que fueron aportados con graves falencias le tocó a CICON S.A. corregirlos, lo cual evidentemente conllevó a gastos no previstos y tampoco reconocidos por el IDU.

13.2 Finalmente, el recurrente presentó su inconformidad respecto de que el juzgador ad quo se negara a la liquidación del contrato con el argumento de que faltaba documentación para que tal pretensión encontrara asidero, por cuanto señala que precisamente el Acta de pago y balance final es el documento idóneo mediante el cual las partes dejan en claro todo el balance económico y de ejecución del contrato.

13.3 En consecuencia, y teniendo en cuenta lo expuesto se solicitó la revocatoria de la sentencia del 18 de septiembre 2014 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, y se acceda a las pretensiones formuladas en la demanda [fl. 438 a 491, C ppal].

14 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación presentado por la parte actora mediante auto del 18 de noviembre de 2014. [fl. 493 a 495, C ppal].

IV. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

15 Mediante auto del 20 de enero de 2015 esta Corporación admitió el recurso de apelación presentado por la parte actora contra sentencia del 18 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca [fl. 500, C. Ppal]. Posteriormente, mediante auto del 3 de marzo del 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión⁶, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto de rigor.

16 El Ministerio Público guardó silencio.

⁶ El apoderado de la parte demandante – CICON S.A. mediante escrito del 17 de marzo de 2015 allegó sus alegatos de conclusión visible a folios 503 a 550 del cuaderno principal, por su parte el demandado Instituto de Desarrollo Urbano – IDU hizo lo propio mediante apoderado en escrito del 18 de marzo del 2015 visible a folios 551 a 555 del cuaderno principal.

V. CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C., aplicable en lo contencioso administrativo según se deduce del artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y por ésta razón el *ad quem*, por regla general, no puede enmendar la providencia en lo que no fue objeto del recurso. En consecuencia, la competencia del superior generalmente se encuentra circunscrita a revisar lo que desfavorece al recurrente y que ha sido motivo de su inconformidad. Como apeló la parte demandante, la Sala de Sub-sección abordará el mismo con el alcance que la Constitución, la ley y la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060] han determinado.

2. De la lectura de la demanda, como de la apelación se encuentra que la demandante centra el debate en las siguientes cuestiones: (1) no estaba de acuerdo en la atribución que hizo el a quo al contratista en la demora en la suscripción del acta de inicio, cuando en realidad se debió a la falta de entrega de los estudios a tiempo oportunamente, lo que generó graves consecuencias para la sociedad demandante; (2) la entidad pública demandada entregó diseños incompletos, por lo que la sociedad demandante se vio en la obligación de realizar obras no estipuladas en el contrato, así como se entregaron diseños con falencias que generó gastos en la demandante no previstos; y, (3) no estaba de acuerdo en que el a quo haya negado la liquidación del contrato con base en que no había documentación para ello, cuando obra el acta de pago y el balance final.

3. Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: (1) determinar que la actividad de la administración pública supone la existencia de un acto administrativo; (2) establecer que los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente; (3) analizar el caso en concreto; y, (4) fijar si procede o no la condena en costas.

1.- La actividad de la administración pública supone la existencia de un acto administrativo⁷.

4. Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2º, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

4.1 Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros. De acuerdo con la constante jurisprudencia de la Sub-sección C, el “principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como “la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,” de tal manera que “la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento” y que todos sus pronunciamientos “deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados”⁸.

4.2 En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los

⁷ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

⁸ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de marzo de 2012, expediente 21578, Sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 20393, Sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 29056, entre otras.

actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

4.3 Con otras palabras, “se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto”⁹.

4.4 Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que “salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...” y que “salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”¹⁰

4.5 Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*, T.II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 54-55.

¹⁰ Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 27590, Sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 29056.

2.- Los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente¹¹.

5. Los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa.

5.1 En lo relativo a las providencias judiciales, se denominan inhibitorias aquellas en virtud de las cuales, la inobservancia de ciertos presupuestos procesales conllevan a que el funcionario judicial se abstenga de proferir una resolución de fondo respecto de un determinado asunto que se somete a su decisión.

5.2 Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil¹² y 132 y siguientes del Código General del Proceso.

5.3 Aún más, ni siquiera en tratándose de una inepta demanda, puede afirmarse que se justifique la presencia de un fallo inhibitorio, pues la sola existencia de éste vicio no impide jurídicamente que el funcionario judicial emita un pronunciamiento de fondo, salvo casos excepcionales tales como la indebida acumulación de pretensiones.

5.4 Pero no ocurre lo mismo cuando el defecto consiste, por ejemplo, en que no se impugna la legalidad de un acto administrativo que se presume válido, se encuentra en firme y está produciendo a plenitud sus efectos y luego se pretende el reconocimiento

¹¹ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

¹² Sobre este aspecto cfr. H. F. LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte General*. T. I, Bogotá, Dupré Ditores, 2009, p. 967 a 977.

de unas pretensiones que ya han sido denegadas por medio de éste, pues en tal hipótesis lo procedente no es la sentencia inhibitoria sino una decisión de fondo desestimando lo pretendido en ella.

5.5 Así que en estas circunstancias el juez, en lugar de negarse a resolver el conflicto pues a esto equivale una sentencia inhibitoria, lo que debe hacer es desatar el fondo de la cuestión litigiosa negando lo pretendido por el demandante.

3.- Análisis del caso en concreto.

6. Conforme a lo observado en el plenario se extrae que durante el desarrollo de la relación contractual en razón a la celebración del contrato 148 de 2005¹³; entre CICON S.A. y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, la administración en diferentes oportunidades se pronunció ante los interrogantes y observaciones propuestas por el contratista. Así pues, aquellas manifestaciones de la voluntad por parte de las entidades administrativas en el marco de sus competencias, con contenido expreso y atendiendo a las formalidades pertinentes, nos lleva a la conclusión que estamos en presencia de actos administrativos, que en este caso en concreto fueron proferidos por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

6.1. Descendiendo en concreto, el contratista quien funge como parte actora en el proceso, presentó reclamación No. 114199 del 7 de diciembre de 2007 al contratante – Instituto de Desarrollo Urbano – IDU [fls. 314 a 425, anexo 26], en la que pidió el reconocimiento y el pago a título de restablecimiento de la ecuación económica del contrato, toda vez que se presentaron sobrecostos en que los que debió incurrir con ocasión a la presencia de imprevistos ajenos a CICON S.A. e imputables al IDU, a terceros o a externalidades; en relación con varios contratos celebrados entre el demandante y la demandada, entre los cuales se encuentra el contrato 148 de 2005, en consecuencia la administración respondió de fondo en acto administrativo del 5 de marzo de 2008¹⁴ [fls. 426 a 508, anexo 26], sobre los puntos esgrimidos en la

¹³ Folio 58 a 102 del cuaderno 1 y Folios 1 a 59 del cuaderno 29.

¹⁴ Respuesta del IDU ante la reclamación presentada por CICON S.A. Radicado IDU No. 114199 del 5 de marzo del 2008, en cuyo encabezado se observa: "Dando respuesta al oficio de la referencia y dando

reclamación por desequilibrio económico, en la cual resolvió desestimar la pretensión solicitada ya que consideró no se configuró un desequilibrio económico¹⁵, en diferentes contratos entre ellos el 148 de 2005, el cual nos ocupa en el *sub lite*. La administración, abordó la reclamación primero agrupando los hechos alegados configurativos del alegado desequilibrio económico, entre los cuales se señalaron: (1) Hechos relacionados con la no iniciación oportuna de la obra, (2) Hechos relacionados con el no pago del componente global de los costos de manejo de tráfico, señalización y desvíos, (3) Hechos relacionados con el no pago del componente global ambiental y de gestión social, (4) Hechos relacionados con los sobrecostos por mayor permanencia de la obra, (5) Hechos relacionados con los sobrecostos por transporte, (6) Hechos relacionados con los sobrecostos derivados del incremento del precio del concreto, (7) Hechos relacionados con los sobrecostos derivados del incremento en el precio del asfalto, (8) Hechos relacionados con el sobrecosto originado en los materiales de base y sub-base granular, (9) Hechos relacionados con los ajustes de precios. Finalmente, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, fundamentó sus argumentos en derecho de la siguiente manera:

“Tal como se ha establecido en innumerables ocasiones por parte de la jurisprudencia contencioso administrativa, el contrato estatal tiene como objetivo que el Estado cumpla con los fines esenciales consagrados en la Constitución y la ley, y ante la imposibilidad de asumir por sí solo la ejecución de las tareas necesarias para lograr el cometido de sus fines debe acudir a la figura de la contratación, en donde el particular se encuentra motivado por el provecho económico que derive de la actividad, máxime si se tiene en cuenta que se trata de contratos sinalagmáticos en donde cada una de las partes se obliga con la otra a una contraprestación, configurándose lo que se denominado por la jurisprudencia y la doctrina la ecuación financiera del contrato.

Ha sido una constante en el régimen jurídico colombiano reconocer el derecho del contratista a mantener el equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.

[...]

La Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 27 una protección legal de la ecuación contractual de la siguiente forma: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de

cumplimiento con los términos establecidos en el numeral 16 del Art. 25 de la Ley 80 de 1993, esta Dirección Técnica de Malla Vial procederá a dar respuesta de fondo sobre los puntos esgrimidos en la reclamación por desequilibrio económico presentada por CICON S.A. en los contratos Nos. 238 de 2004, 148, 150, 153, 164, 165 y 170 de 2005”

¹⁵ La administración textualmente, señaló: “PRIMERA. Se desestima la presentación de un desequilibrio económico en los contratos No 238 de 2004, 148, 150, 153, 164, 165 y 170 de 2005 por los motivos que se encuentran detallados en este escrito. SEGUNDA. Como resultado de lo anterior, tampoco está llamada a prosperar esta pretensión. TERCERA A QUINTA: No se reconocen los valores económicos presentados por el contratista, conforme a lo enunciado con anterioridad”.

contratar, según sea el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”. De esta manera no sólo se esta resguardando el equilibrio financiero contractual, sino también. La obligación de restablecimiento al cocontratante perjudicado, que constituye justamente, la consecuencia jurídica derivada de la ocurrencia de aquel.

[...]

Como se puede apreciar del texto anteriormente citado, sólo puede predicarse el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, cuando se configuren los elementos necesarios para predicar la actividad de la administración en alguna de las causales anteriormente enunciadas.

Por lo tanto no podrá aplicarse la teoría del hecho del príncipe, ya que las normas como el pico y placa ambiental y aquellas relacionadas con las especificaciones técnicas son dispuestas por organismos estatales diferentes al IDU, o en el caso de la teoría de la imprevisión, las circunstancias que aducen CICON S.A. en su reclamación no son hechos imprevisibles e irresistibles ya que muchas de las obras ejecutadas se contemplaban en los pliegos de condiciones y sus apéndices, los cuales hacen parte integral de los contratos.

Así mismo dentro de la selección objetiva del contratista, se contempló y se calificó el factor de experiencia del mismo en obras similares dentro del casco urbano, lo cual conlleva a deducir necesariamente que el contratista debía conocer previamente a la suscripción de estos contratos la normatividad vigente para la construcción de vías, y todas las obras complementarias exigidas por las empresas de servicios públicos.

Finalmente esta dirección técnica debe señalar que en ningún momento los contratos objeto de la reclamación fueron ampliados en su alcance contractual, como lo afirma el contratista, por el contrario siempre se tomaron las decisiones más convenientes con el fin de mantener la ecuación financiera del contrato, disminuyendo las metas físicas y sustituyendo obras inicialmente previstas por aquellas requeridas para que los proyectos cumplieran con las condiciones establecidas en los respectivos pliegos de condiciones y en los contratos suscritos, manteniendo siempre incólume el presupuesto contemplado tanto en la oferta como en el contrato.

VALORACION ECONOMICA DEL DESEQUILIBRIO

Esta Dirección Técnica observa que el contratista solo se limitó a enunciar el valor económico de su reclamación para cada uno de los contratos, pero no allegó soportes técnicos, no metodología, ni memoria de cálculo que permitieran a la entidad establecer la veracidad de la cuantificación” [subrayado fuera de texto].

6.2. Ante la desestimación de lo pretendido, el contratista presentó posteriormente escrito de fecha del 23 de junio de 2008 [fls. 509 a 611, anexo 26], con el fin de instar la reconsideración de la administración sobre la respuesta dada por el Instituto de Desarrollo Urbano, en oficio con radicado IDU – 114199 del 5 de marzo de 2008. Así pues, CICON S.A. señaló la violación del procedimiento interno. Al respecto:

[...]

[...] La respuesta a la reclamación formulada por CICON S.A. violó el procedimiento interno establecido mediante la Resolución No. 13 de 2005, modificada por la Resolución No. 08 de 2006, en las cuales se contiene la estructura organizacional del IDU y las funciones de cada una de sus dependencias.

1.1. En efecto, en el artículo 17 de la Resolución No. 13 de 2005, modificada por la No. 08 de 2006, se establece que la Dirección Técnica Legal tiene dentro de sus funciones la de “Efectuar el acompañamiento jurídico a los diferentes contratos, además de emitir

conceptos jurídicos en aquellas decisiones que tengan incidencia en la ejecución del contrato”.

1.2. En el caso que nos ocupa, es claro que tal disposición se desatendió, toda vez que la respuesta a la reclamación fue suscrita por el Director de Malla Vial, sin que la Dirección Técnica Legal hubiera emitido su correspondiente concepto.

2. Es importante señalar, que este pronunciamiento de la Dirección Técnica Legal, se requería como soporte de la decisión adoptada por el Director Técnico de Malla Vial, teniendo en cuenta que dicha decisión claramente tiene una incidencia notable en la ejecución de los contratos objeto de reclamación [...]

[...]

2. Objeción a los hechos generales:

2.1. Frente a los hechos del Contrato No. 148 de 2005:

2.1.1 No admite discusión el hecho que la demora en la suscripción del acta de inicio produjo graves consecuencias de orden económico a CICON S.A., tal como se demostró en la reclamación presentada por CICON S.A. al IDU y como se desglosará más adelante.

2.1.2 Como lo reconoce el IDU en este punto, si bien es cierto que se presentaron situación producidas por agentes exógenos al IDU y a CICON S.A., también lo es que el IDU le reconoció algunas mayores cantidades de obra que fueron ejecutadas, no obstante, por considerar que estas cantidades de obra fueron imprevistas y por lo tanto no programadas, generaron que la duración del contrato fuera mayor, lo cual produjo una mayor permanencia de la obra.

2.1.3. Esta situación conduce a que por este concepto se deben reconocer a CICON S.A. los mayores valores en que incurrió y que le afectaron el equilibrio económico del contrato” [subrayado fuera de texto].

6.3. Posteriormente, la administración por medio de la Dirección Técnica de Malla Vial resolvió el recurso de reposición presentado por el contratista, así pues se da respuesta a la revisión presentada por el peticionario, mediante escrito del 27 de enero de 2009 – IDU - 005819¹⁶ [fls. 462 a 479, 29 anexo], en cuya respuesta se no se accede al reconocimiento de un desequilibrio contractual, sobre los supuestos esbozados por CICON S.A. sobre el contrato 148 de 2005. Lo cual evidencia para la Sala, un acto administrativo en firme que sigue produciendo sus efectos y sobre el cual el demandante en sus peticiones no hizo solicitud alguna.

6.4. Se concluye por lo tanto, que si lo que la actora pretendía era el reconocimiento y el pago de un desequilibrio contractual en relación con el contrato 148 de 2005, debió impugnar la legalidad del acto administrativo por medio del cual el IDU le negó ese reconocimiento y como así no lo hizo, no da lugar a hacer tal reclamación sobre el

¹⁶ La administración señaló: “Dando alcance a las comunicaciones con radicados IDU – 130337 de fecha 16 de julio de 2008, IDU – 139274 de 22 de agosto de 2008 e [sic] IDU – 161208 del 13 de noviembre de 2008, me permito dar respuesta a los puntos II, IV y V del oficio con radicado IDU 119892 y del oficio con radicado IDU 143774, en relación con la solicitud de revisión de la decisión adoptada por el Instituto sobre la reclamación a los contratos 238 de 2004 y 148, 150, 153, 164, 165 y 170 de 2005, mediante oficio IDU - 114199 del 5 de marzo de 2008, [...]”

contrato, pues nos encontramos en presencia de la presunción de legalidad y la fuerza ejecutoria del acto administrativo que negó esa solicitud.

6.5. Pues bien, en estas circunstancias se debe partir de una realidad jurídica consistente en la existencia de un acto administrativo que se encuentra en firme y produciendo a plenitud sus efectos, cuya legalidad si bien fue impugnada en la vía gubernativa, no lo hizo así en la judicial por parte de la sociedad actora¹⁷.

6.6. Con otras palabras, si la sociedad actora presentó una petición o reclamación para el reconocimiento del desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato y esta fue negada por la entidad pública demandada mediante acto administrativo que se encuentra en firme y lo ampara la presunción de legalidad, decisión ésta con la cual se ha mostrado de acuerdo la sociedad demandante y contratista, pues no la cuestionó judicialmente, no puede ahora pretender que por vía de la acción contractual le sea reconocido algo que ya le fue negado a través de un acto administrativo que existe, se presumen legal y está produciendo a plenitud sus efectos¹⁸.

6.7. En síntesis, si lo que la sociedad actora pretendía era que se declarara el desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato, debió impugnar la legalidad del acto por el cual la entidad pública demandada le negó esa petición o reclamación, y como así no lo hizo no puede venir ahora a hacerla, pues lo impide la existencia y la presunción de legalidad del acto administrativo que negó ese pedimento¹⁹.

6.8. Ahora, aunque en el presente asunto lo pertinente era impugnar la legalidad del acto administrativo por el cual la entidad pública demandada negó la petición o reclamación de desequilibrio económico o financiero de la ecuación del contrato, no se puede afirmar que se imponga un fallo inhibitorio pues lo procedente en tal evento es decidir de fondo negando pretensiones, habida cuenta de que existe un acto administrativo que ya denegó la petición elevada en ese sentido por la demandante,

¹⁷ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

¹⁸ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

¹⁹ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.

que está produciendo todos sus efectos, que se presume legal y que está incuestionado²⁰.

7. En conclusión, la sentencia impugnada será confirmada con base en la parte motiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada aunque por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

²⁰ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28237.